
Datum: 22.11.2016
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 65/15
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2016:1122.4U65.15.00

Vorinstanz: Landgericht Bochum, 12 O 202/14

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 10.02.2015 verkündete Urteil der 12. Zivilkammer – Kammer für Handelssachen – des Landgerichts Bochum wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Dieses Urteil und das angefochtene Urteil sind vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, sofern nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe:

A. 1
2
Beide Parteien vertreiben über das Internet Erotikzubehörartikel und Sexspielzeug. 3
Im Rahmen der von der Beklagten in ihrem Internetauftritt www.####.de verwendeten 4
Widerrufsbelehrung (Anlage K1, Bl. 13 ff. d. A.) heißt es unter der Überschrift „Ausschluss 5
des Widerrufsrechts:“

... 6

- zur Lieferung versiegelter Waren, die aus Gründen des Gesundheitsschutzes oder der Hygiene nicht zur Rückgabe geeignet sind, wenn ihre Versiegelung nach der Lieferung entfernt wurde 7

...“ 8

Zugleich vers
und Erotikzuk



xspielzeug- 9

10

„Hygienesiegel kein Umtausch bei beschädigtem oder entferntem Siegel“. 11

Mit anwaltlichem Schreiben vom 18.09.2014 (Anlage K3, Bl. 28 ff. d. A.) mahnte die Klägerin die Beklagte ab und forderte sie zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung sowie zur Erstattung der anwaltlichen Kosten der Abmahnung in Höhe von 984,60 € auf. 12

Die Klägerin beanstandete, entgegen dem Hinweis in der Widerrufsbelehrung der Beklagten seien die Produktgruppen Penisringe, Lay-on-Vibratoren, Liebeskugeln, Dildos und Vibratoren nicht von dem Ausschlussstatbestand des § 312g Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB erfasst, so dass auch insoweit ein Widerrufsrecht bestehe. Zudem stelle die Anbringung des Hygienesiegels eine erhebliche Beeinträchtigung des Widerrufsrechts der Verbraucher dar. Eine Überprüfung der Ware wie in einem Ladengeschäft werde dadurch erschwert. 13

Die Klägerin hat ihr Vorbringen aus der Abmahnung wiederholt und vertieft. 14

Sie hat beantragt, 15

I. 16

der Beklagten bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, im Wiederholungsfalle bis zu insgesamt zwei Jahren, zu vollstrecken an dem jeweiligen Geschäftsführer, zu verbieten, im Rahmen geschäftlicher Handlungen Sexspielzeug zur Anwendung am und/oder im menschlichen Körper, 17

insbesondere Penisringe und/oder Liebeskugeln und/oder auf Auflegevibratoren und/oder Dildos und/oder Vibratoren, anzubieten und dabei das dem Verbraucher zustehende Widerrufsrecht bei Fernabsatzverträgen in Bezug auf Sexspielzeug zur Anwendung am und/oder im menschlichen Körper, insbesondere für Penisringe und/oder für Liebeskugeln und/oder für Auflegevibratoren und/oder für Dildos und/oder für Vibratoren, mit nachfolgendem Hinweis auszuschließen:

„Das Widerrufsrecht besteht nicht bei Fernabsatzverträgen ... zur Lieferung versiegelter Waren, die aus Gründen des Gesundheitsschutzes oder der Hygiene nicht zur Rückgabe geeignet sind, wenn ihre Versiegelung nach der Lieferung entfernt wurde“,

insbesondere wenn dies geschieht, wie in der Anlage K1 dargestellt,

II.

der Beklagten bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, im Wiederholungsfalle bis zu insgesamt zwei Jahren, zu vollstrecken an dem jeweiligen Geschäftsführer, zu verbieten, im Rahmen geschäftlicher Handlungen Sexspielzeug zur Anwendung am und/oder im menschlichen Körper, insbesondere Penisringe und/oder Liebeskugeln und/oder auf Auflegevibratoren und/oder Dildos und/oder Vibratoren, anzubieten und dabei die Produktverpackungen im Rahmen der äußeren Verpackung mit folgendem Siegel zu versehen:

„Hygienesiegel



ohne dass dem Verbraucher möglich ist, eine für die Prüfung der Beschaffenheit, Eigenschaften und Funktionsweise notwendigen Umgang der entsprechend versiegelten Waren ohne Entfernung und/oder vollständige Zerstörung und/oder teilweise Zerstörung des Siegels vorzunehmen,

III.

die Beklagte zu verurteilen, Auskunft zu erteilen über die Handlungen nach Ziffer II., insbesondere seit wann und in welchem Umfang Handlungen nach Ziffer II. begangen wurden, unter Angabe der Anzahl der mit den Handlungen nach Ziffer II. beworbenen und angebotenen Produkte, gestaffelt nach Produktart, sowie der Anzahl der mit den Handlungen

nach Ziffer II. beworbenen und angebotenen verkauften Produkte, gestaffelt nach der Produktart,

IV. 27

festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin sämtliche Schäden zu ersetzen, die ihr aus den im Klageantrag zu II. beschriebenen Handlungen entstanden sind und/oder noch entstehen werden, 28

V. 29

die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin einen Betrag in Höhe von 984,60 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 19.11.2014 zu zahlen, 30

hilfsweise, 31

die Beklagte zu verurteilen, die Klägerin von der Gebührenforderung der X Partnerschaftsgesellschaft mbB für die wettbewerbsrechtliche Abmahnung vom 17. September 2014 in Höhe von 984,60 € durch Zahlung an die X Partnerschaftsgesellschaft mbB freizustellen. 32

Die Beklagte hat beantragt, 33

die Klage abzuweisen. 34

Sie hat die Ansicht vertreten, bei den in Rede stehenden Produkten sei das Widerrufsrecht gemäß § 312g Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB ausgeschlossen. Eine Rückgabe dieser Waren komme aus Gründen der Hygiene nicht in Betracht. 35

Die von ihr vorgenommene Versiegelung der Produkte sei ebenfalls nicht zu beanstanden. Die Versiegelung sei Voraussetzung des gesetzlichen Ausschlusstatbestandes. Es komme dabei nicht darauf an, ob eine äußere oder eine etwaige innere Verpackung versiegelt werde. 36

Hinsichtlich des Feststellungsbegehrens der Klägerin fehle es an der erforderlichen Wahrscheinlichkeit eines Schadens. 37

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Wegen der Begründung wird auf die Entscheidungsgründe verwiesen. 38

Mit ihrer form- und fristgerecht eingelegten Berufung verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren in vollem Umfang weiter. 39

Sie meint nach wie vor, das Widerrufsrecht sei bei den in Rede stehenden Produkten nicht aus Gründen des Gesundheitsschutzes oder der Hygiene ausgeschlossen. Es bestehe die Möglichkeit der Reinigung und Desinfektion der zurückgegebenen Waren. 40

Überdies entstünden der Beklagten im Widerrufsfall keine unverhältnismäßigen Nachteile. Denn sie könne gemäß § 357 Abs. 7 BGB Ersatz für einen Wertverlust der Ware verlangen. 41

Ferner sei die von der Beklagten vorgenommene Versiegelung der äußeren Verpackung nicht mit § 312g Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB vereinbar. Der Verbraucher dürfe die Ware so prüfen, wie dies in einem Ladengeschäft möglich sei, mithin in optischer und haptischer Hinsicht. 42

43

Schließlich seien auch der geltend gemachte Auskunftsanspruch, das Feststellungsbegehren und der Aufwendungsersatzanspruch begründet.	
Die Klägerin beantragt,	44
das angefochtene Urteil abzuändern und	45
I.	46
der Beklagten bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, im Wiederholungsfalle bis zu insgesamt zwei Jahren, zu vollstrecken an dem jeweiligen Geschäftsführer, zu verbieten,	47
im Rahmen geschäftlicher Handlungen Sexspielzeug zur Anwendung am und/oder im menschlichen Körper, insbesondere Penisringe und/oder Liebeskugeln und/oder auf Auflegevibratoren und/oder Dildos und/oder Vibratoren, anzubieten und dabei das den Verbrauchern zustehende Widerrufsrecht bei Fernabsatzverträgen in Bezug auf Sexspielzeug zur Anwendung am und/oder im menschlichen Körper, insbesondere für Penisringe und/oder für Liebeskugeln und/oder für Auflegevibratoren und/oder für Dildos und/oder für Vibratoren, mit nachfolgendem Hinweis auszuschließen:	48
„Das Widerrufsrecht besteht nicht bei Fernabsatzverträgen ... zur Lieferung versiegelter Waren, die aus Gründen des Gesundheitsschutzes oder der Hygiene nicht zur Rückgabe geeignet sind, wenn ihre Versiegelung nach der Lieferung entfernt wurde“,	49
insbesondere wenn dies geschieht, wie in der Anlage K1 dargestellt,	50
II.	51
der Beklagten bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, im Wiederholungsfalle bis zu insgesamt zwei Jahren, zu vollstrecken an dem jeweiligen Geschäftsführer, zu verbieten, im Rahmen geschäftlicher Handlungen Sexspielzeug zur Anwendung am und/oder im menschlichen Körper, insbesondere Penisringe und/oder Liebeskugeln und/oder auf Auflegevibratoren und/oder Dildos und/oder Vibratoren, anzubieten und dabei die Produktverpackungen im Rahmen der äußeren Verpackung mit folgendem Siegel zu versehen:	52
„Hygienesiegel kein Umtausch bei beschädigtem oder entferntem Siegel“	53
	54

Hygienesiegel

Kein Umtausch bei
beschädigtem
oder entferntem Siegel

ohne dass dem Verbraucher möglich ist, eine für die Prüfung der Beschaffenheit, Eigenschaften und Funktionsweise notwendigen Umgang der entsprechend versiegelten Waren ohne Entfernung und/oder vollständige Zerstörung und/oder teilweise Zerstörung des Siegels vorzunehmen, 55

III. 56

die Beklagte zu verurteilen, Auskunft zu erteilen über die Handlungen nach Ziffer II., insbesondere seit wann und in welchem Umfang Handlungen nach Ziffer II. begangen wurden, unter Angabe der Anzahl der mit den Handlungen nach Ziffer II. beworbenen und angebotenen Produkte, gestaffelt nach Produktart, sowie der Anzahl der mit den Handlungen nach Ziffer II. beworbenen und angebotenen verkauften Produkte, gestaffelt nach der Produktart, 57

IV. 58

festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin sämtliche Schäden zu ersetzen, die ihr aus den im Klageantrag zu II. beschriebenen Handlungen entstanden sind und/oder noch entstehen werden, 59

V. 60

die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin einen Betrag in Höhe von 984,60 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 19.11.2014 zu zahlen, 61

hilfsweise, 62

die Beklagte zu verurteilen, die Klägerin von der Gebührenforderung der X Partnerschaftsgesellschaft mbB für die wettbewerbsrechtliche Abmahnung vom 17. September 2014 in Höhe von 984,60 € durch Zahlung an die X Partnerschaftsgesellschaft mbB freizustellen. 63

Die Beklagte beantragt, 64

die Berufung zurückzuweisen. 65

66

Sie verteidigt das Urteil des Landgerichts unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens.	
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachvortrags der Parteien wird auf den Inhalt der zu den Akten gereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.	67
Im Senatstermin vom 22.11.2016 hat der Senat die vom Prozessbevollmächtigten der Klägerin vorgelegten Produkte sowie deren Verpackungen, die aus den Lichtbildern gemäß Anlage K2 (Bl. 16 ff. d. A.) ersichtlich sind, in Augenschein genommen.	68
B.	69
Die zulässige Berufung ist nicht begründet.	70
I.	71
Die Klage ist zulässig.	72
Insbesondere ist die Klägerin als Mitbewerberin der Beklagten nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG klagebefugt.	73
II.	74
Die Klage ist indes nicht begründet.	75
1.	76
<u>Klageantrag zu I.:</u>	77
Der insoweit geltend gemachte Unterlassungsanspruch besteht nicht.	78
Mit der Verwendung der beanstandeten Passage im Rahmen ihrer Widerrufsbelehrung bezüglich des Anbietens der in Rede stehenden Produkte hat die Beklagte nicht nach § 3a UWG i. V. m. § 312d Abs. 1, § 312g Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB i. V. m. Art 246a § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, Abs. 3 Nr. 2 EGBGB unlauter gehandelt.	79
Denn die Belehrung über den Ausschluss des Widerrufsrechts ist insoweit zutreffend.	80
Nach § 312g Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB besteht das Widerrufsrecht, soweit die Parteien nichts anderes vereinbart haben, nicht bei Verträgen zur Lieferung versiegelter Waren, die aus Gründen des Gesundheitsschutzes oder der Hygiene nicht zur Rückgabe geeignet sind, wenn ihre Versiegelung nach der Lieferung entfernt wurde.	81
Von mangelnder Eignung zur Rückgabe ist jedenfalls dann auszugehen, wenn die <u>abstrakte Gefahr</u> besteht, dass die Ware auf Grund nicht fachgerechter Lagerung oder Behandlung durch den Verbraucher an Sicherheit eingebüßt hat und daher nicht mehr an andere Verbraucher abgegeben werden kann bzw. darf (MünchKomm/Wendehorst, BGB, 7. Aufl., § 312g Rn. 24). Der Kreis der Waren, die aus Gründen des Gesundheitsschutzes oder der Hygiene nicht rückgabefähig sind, ist eher weit zu ziehen (vgl. Hoeren/Föhlisch, CR 2014, 242, 246; MünchKomm/Wendehorst, aaO.).	82
Im Falle eines Widerrufs und eines nachfolgenden Verkaufs des zurückgegebenen Produkts an einen anderen Kunden besteht insbesondere dann eine hohe Gesundheitsgefahr, wenn es sich um solche Produkte handelt, die unmittelbar mit Körperstellen in Berührung kommen,	83

welche prädestiniert sind, um Krankheitserreger zu übertragen (z. B. Schleimhäute, Körperöffnungen) (Hoeren/Föhlisch, aaO.). So liegt es bei den in Rede stehenden Produkten, die zur Anwendung am bzw. im menschlichen Körper bestimmt sind.

Dass die Möglichkeit der Reinigung der retournierten Produkte besteht, rechtfertigt nach Auffassung des Senats keine andere Beurteilung. Denn letztlich ist nicht auszuschließen, dass zumindest in Einzelfällen eine Reinigung nicht ordnungsgemäß durchgeführt wird (vgl. Hoeren/Föhlisch, aaO.). 84

Zum selben Ergebnis gelangt man, wenn man im Rahmen des § 312g Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB das Bestehen einer objektiven Gesundheitsgefahr nicht für erforderlich hält, sondern es genügen lässt, dass nach der Verkehrsauffassung mit Ängsten bzw. Ekelgefühlen anderer Verbraucher zu rechnen ist (vgl. MünchKomm/Wendehorst, aaO.), wie es hier unzweifelhaft der Fall ist. 85

2. 86

Klageantrag zu II.: 87

Der mit dem Klageantrag zu II. verfolgte Unterlassungsanspruch ist ebenfalls nicht gegeben. 88

Auch mit der Verwendung des beanstandeten Siegels auf den in Rede stehenden Produktverpackungen hat die Beklagte nicht nach § 3a UWG i. V. m. § 312d Abs. 1, § 312g Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB i. V. m. Art. 246a § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, Abs. 3 Nr. 2 EGBGB unlauter gehandelt. 89

Dies mag anders zu beurteilen sein, wenn es sich um Produkte handelte, deren innere Verpackung bereits einen hinreichenden Gesundheitsschutz und Hygiene gewährleistet. Davon kann dann ausgegangen werden, wenn die innere Verpackung so beschaffen ist, dass deren Unversehrtheit unschwer zu erkennen ist und ein Ausprobieren des mit der inneren Verpackung noch versehenen Produkts auszuschließen ist. 90

Dann wäre die Entfernung der Versiegelung auf der äußeren Verpackung (etwa bloßer Umkarton) unter dem Gesichtspunkt des Gesundheitsschutzes bzw. der Hygiene unbedenklich, so dass der Tatbestand des § 312g Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB nicht erfüllt wäre. Dann stellte sich der Hinweis auf dem Siegel („kein Umtausch bei beschädigtem oder entferntem Siegel“) als unzutreffende Belehrung über den Ausschluss des Widerrufsrechts dar. 91

So liegt der Fall bei den von der Klägerin im Senatstermin vorgelegten Produkten, die aus den Lichtbildern gemäß Anlage K2 (Bl. 16 ff. d. A.) ersichtlich sind, jedoch nicht. Die Inaugenscheinnahme dieser Produkte und deren Verpackungen durch den Senat hat ergeben, dass keines dieser Produkte mit einer solchermaßen beschaffenen inneren Verpackung versehen ist, die einen hinreichenden Gesundheitsschutz und Hygiene - wie vorstehend beschrieben - gewährleistet. Vielmehr stellt sich die Anbringung des Siegels an der beanstandeten Stelle (äußere Verpackung) bei den vorgelegten Produkten als erforderlich dar, um den Belangen des Gesundheitsschutzes und der Hygiene Rechnung zu tragen. 92

Soweit die Klägerin geltend macht, der Beklagten entstünden im Falle des Widerrufs keine unverhältnismäßigen Nachteile, weil sie gemäß § 357 Abs. 7 BGB ggf. Ersatz für einen Wertverlust der Ware - unter Umständen in voller Höhe – verlangen könne, rechtfertigt dies 93

keine andere Beurteilung. Diese Vorschrift regelt eine Rechtsfolge des Widerrufs. Aus ihr kann nicht abgeleitet werden, dass bei den verfahrensgegenständlichen Produkten der Ausschlussstatbestand des § 312g Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB nicht eingreift.

Überdies überzeugt die Auffassung der Klägerin in diesem Zusammenhang auch auf Grund folgender Kontrollüberlegung nicht: 94

Die Beklagte könnte – im Falle des Widerrufs - evtl. Ersatz für den Wertverlust der Ware verlangen. Dieser Wertverlust würde jedoch dem gezahlten Kaufpreis entsprechen. Denn ein solchermaßen „gebrauchtes Sexspielzeug“ wäre nicht verkehrsfähig, da die Beklagte auf diesen Umstand hinweisen müsste. Der Kunde würde im Falle des Widerrufs seinen Kaufpreis daher nicht zurückerhalten, auch nicht zum Teil. In einem solchen Falle würde der Kunde vom Widerruf absehen und die Ware behalten. Dann bestünde aber dieselbe Situation wie im Falle des – von der Beklagten mit den angegriffenen Regelungen bezweckten - Ausschlusses des Widerrufsrechtes. 95

3. 96

Klageanträge zu III., IV. und V.: 97

Da nach alledem die geltend gemachten Unterlassungsansprüche nicht bestehen, kann die Klägerin von der Beklagten auch nicht Auskunftserteilung, Feststellung der Schadensersatzverpflichtung und Erstattung der Abmahnkosten verlangen. 98

C. 99

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. 100

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 101

Die Zulassung der Revision beruht auf § 543 Abs. 2 Satz 1 Nrn. 1 und 2 ZPO. 102